

CONDITIONS DE MISE EN PLACE DANS L'ENTREPRISE DES CONTRATS DE RETRAITE "ARTICLE 83 DU CGI"

Les conditions de mise en place du régime supplémentaire de retraite dans l'entreprise ne doivent pas être négligées.

Celles-ci déterminent la nature des droits futurs des salariés ainsi que les conditions de modification ultérieure du régime.

Par ailleurs, le caractère obligatoire de ce type de régime, qui conditionne l'octroi de certains avantages fiscaux, dépend également des conditions de mise en place.

DROIT DU TRAVAIL

Le droit institue une hiérarchie des sources des régimes.

Une source juridique de rang « supérieur » peut modifier un régime existant institué par une source de niveau moins élevé.

De même, il n'est pas possible de déroger à un régime, de façon moins favorable pour les salariés, en utilisant une source de rang inférieur. La dénonciation de l'accord initial est alors indispensable.

- **L'accord d'entreprise** s'entend au sens strict, à savoir un accord négocié avec les délégués syndicaux et déposé à la Direction départementale du Travail. (toute autre forme d'accord atypique n'aura pas cette valeur juridique)
- **Le référendum**
- **La décision unilatérale**

CARACTERE OBLIGATOIRE DE L'ADHESION

Cet aspect est essentiel au plan des avantages fiscaux attachés aux régimes de retraite.

SOURCE JURIDIQUE	Participation du salarié au financement	Prise en charge intégrale par l'employeur
Accord d'Entreprise	Oui possible	Oui
Référendum	Oui possible	Oui
Décision unilatérale	Oui mais ne peut être imposée au salarié	Oui

INFORMATION DES SALARIES

Au niveau individuel, celle-ci résulte du Code des Assurances qui oblige l'entreprise souscriptrice du contrat à remettre à l'adhérent une **notice** établie par l'assureur, qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur, ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre.

La preuve de la remise de la notice incombe à l'entreprise.

Au niveau collectif, selon l'article L 432-1 du Code du Travail :

« Le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ... ».

La Loi du 8 août 1994, a précisé et renforcé cette obligation.

Le **Comité d'Entreprise** doit donc être informé et consulté, préalablement à la mise en place ou la modification d'un régime collectif de retraite ou de prévoyance.

Celui-ci (ou à défaut les délégués du personnel) pourra avoir communication du rapport annuel sur les comptes du contrat, que l'organisme assureur remet annuellement au chef d'entreprise.

(articles L 431-4 et L 432-3 du Code du Travail).

Mise en place d'une couverture de retraite ou de prévoyance par accord d'entreprise

1/ Organisation de la négociation

a) Niveau de négociation

La négociation d'entreprise peut être ouverte dans le cadre de l'entreprise mais aussi d'un établissement ou d'un groupe d'établissement.

b) Parties à la négociation

L'accord collectif est négocié entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise.

c) Informations préalables et réunions de négociation

L'objet et la périodicité des négociations sont fixées par accord entre les parties, ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise.

2/ Contenu de l'accord

a) Clauses obligatoires

- désignation des parties
- définition de l'objet de l'accord (type de garanties, caractère obligatoire ou facultatif ...)
- champ d'application personnelle
- description des garanties ou renvoi au contrat d'assurance qui sera annexé à l'accord
- taux, assiette, répartition des cotisations
- durée de l'accord
- modalités de révision et de dénonciation de l'accord
- mesures relatives au dépôt et aux formalités de publicité

b) Publicité et entrée en vigueur de l'accord

- Procédure de dépôt : accord collectif et ses annexes doivent être déposés en 5 exemplaires signés des parties auprès de la Direction Départementale du Travail (DDT) et de l'emploi. Un exemplaire doit également être déposé au secrétariat greffe du conseil des prud'hommes du lieu de conclusion.
- Communication et copie : toute personne intéressée peut prendre connaissance gratuitement auprès de la DDT des accords collectifs déposés et en faire copie
- Information des salariés et de leurs représentants : l'employeur doit procurer un exemplaire au comité d'entreprise ainsi qu'aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux et tient un exemplaire à la disposition du personnel dans chaque établissement. un avis est affiché à ce sujet dans les lieux de travail.
- Entrée en vigueur : l'accord collectif est applicable à partir du jour qui suit son dépôt auprès de la DDT

Mise en place d'une couverture de retraite ou de prévoyance par décision unilatérale

1/ Contenu et remise d'un écrit

L911-1 CSS reconnaît la possibilité pour les employeurs de mettre en place un système de garanties collectives de salariés par décision unilatérale. Cette décision doit être constatée par un écrit remis par le chef d'entreprise à chaque salarié intéressé.

Cet écrit doit régler l'ensemble des rapports juridiques employeur/salarié à l'occasion de la mise en place du système : toutes les indications nécessaires sur les garanties et leurs modalités d'application, le taux et la ventilation des cotisations, la durée de l'accord, modalités de sa remise en cause ou de sa dénonciation.

2 / Limites des effets de la décision unilatérale

L'employeur ne peut pas imposer, par décision unilatérale, le paiement par les salariés d'une partie de la cotisation servant à financer un système de prévoyance, si ces garanties ont été instituées postérieurement à son embauche. L'article 11 de la loi Evin a clairement posé ce principe.

Selon l'administration, la décision unilatérale de l'employeur entraîne à l'égard des salariés les conséquences suivantes :

- S'il n'y a pas de cotisations salariales, les salariés concernés seront obligatoirement affiliés à la nouvelle couverture.
- S'il y a une cotisation salariale, l'employeur doit, en application de l'article 11 de la loi Evin, s'assurer que les salariés ne s'opposent pas à leur précompte. La couverture sera alors nécessairement facultative.
- En ce qui concerne les salariés embauchés après la mise en place de la couverture, celle-ci faisant partie de leurs conditions d'embauche, l'affiliation sera obligatoire.

3/ Dénonciation

La décision unilatérale de l'employeur ayant un caractère collectif peut aboutir à la création d'un usage d'entreprise (pratique constante, fixe et générale dont pourront se prévaloir les membres de la catégorie de personnel concerné)

Trois conditions sont nécessaires à la dénonciation d'un usage :

- information et consultation des IRP,
- respect d'un délai de préavis suffisant pour permettre l'organisation des négociations,
- notification individuelle.

Ce n'est que si ces 3 conditions cumulatives sont remplies que l'éventuelle modification ou dénonciation de l'usage sera opposable aux salariés concernés.

Arrêts Cour de cassation des 27/4/94 et 1/6/94 : la dénonciation régulière de l'usage est opposable au salarié qui ne peut pas se prévaloir d'une modification substantielle de son contrat de travail.

Encore faut-il que l'usage n'ait pas été incorporé par une disposition spécifique dans le contrat de travail qui a, dans ce cas, un caractère plus favorable que le statut collectif et doit trouver application.

4/ Restructuration d'entreprise

En cas de restructuration, l'usage se transfère au nouvel employeur. Ce dernier devra assumer les conséquences de l'usage, y compris s'il porte sur un engagement en matière de prévoyance, ou procéder à la dénonciation régulière de l'usage.

Mise en place d'une couverture de retraite ou de prévoyance par référendum

L'organisation d'une consultation par voie de référendum peut se décomposer en trois étapes principales :

- la fixation de la date de la consultation,
- l'information des intéressés,
- le déroulement de la consultation.

1/ Fixation de la date du référendum

La fixation de la date de la consultation est de la responsabilité de l'employeur. Elle pourra se faire **par voie d'affichage** dans l'entreprise ou donner lieu à une **information personnelle** de chacun des intéressés. La consultation se déroulera généralement pendant les heures de travail, le vote par correspondance n'étant, cependant, pas interdit par les textes.

Afin que les intéressés puissent prendre connaissance du contenu de la couverture qu'il est envisagé de mettre en place, obtenir de l'employeur toutes informations complémentaires qu'ils jugeront utiles et que les organisations syndicales de salariés puissent éventuellement faire connaître leur avis sur le projet de l'employeur, un **délai raisonnable** doit séparer l'annonce de la date de la consultation et la consultation elle-même. Un délai d'un mois semble raisonnable. Il est également possible de raisonner par analogie avec le délai prévu pour l'élection des délégués du personnel (45 jours).

2/ Informations des intéressés

Elle se fera au travers de la **remise à chacun des intéressés** du projet d'accord qui sera soumis à ratification et pourra être complétée par la remise d'une note de présentation de la couverture et la tenue d'une ou plusieurs réunions au cours desquelles l'employeur pourra répondre aux questions des salariés.

Le projet d'accord devra comporter une description de la couverture qu'il est envisagé de mettre en place, indiquer éventuellement l'organisme assureur qui la mettra en oeuvre et préciser les modalités de modification et de dénonciation de l'accord par l'employeur. Parallèlement, les intéressés devront être informés des modalités pratiques d'organisation du scrutin.

L'information résultant de la communication du projet d'accord pourra être prolongée par une réunion au cours de laquelle l'employeur, éventuellement assisté d'experts, voire de l'organisme assureur mettra en oeuvre la couverture, pourront répondre aux questions des salariés susceptibles de relever de la couverture.

Enfin, **l'avis du comité d'entreprise**, lorsqu'il existe, devra être recueilli.

3/ Déroulement de la consultation

Comme pour toute consultation, il est nécessaire, pour que celle-ci soit valable, qu'elle soit sincère.

Dans le silence des textes, on s'inspirera des procédures prévues pour les élections professionnelles dans l'entreprise.

L'employeur doit dresser la liste des personnes qui seront consultées. Celle-ci devra comporter les éléments nécessaires à l'identification de chaque électeur (par exemple,

nom, prénom, lieu et date de naissance). La **liste électorale** ainsi constituée pourra faire l'objet soit d'un affichage dans l'entreprise (P.M.E.), soit d'une **information des intéressés** précisant l'endroit où celle-ci peut être consultée. L'affichage ou l'information devra être réalisé suffisamment tôt afin que les intéressés, s'ils le souhaitent, puissent en prendre connaissance.

Le vote doit avoir lieu à bulletin secret sous enveloppe (Code Sécurité Sociale Art. R 731-8). Les éléments matériels nécessaires à l'organisation de la consultation (bulletins, enveloppes, urnes, isolements, etc. ...) seront fournis par l'employeur.

Un ou plusieurs bureaux de vote pourront être constitués. Ils seront formés de salariés ayant la qualité de votants. Ils assureront la surveillance des opérations, procéderont à l'émargement des votants, assureront le dépouillement des votes et rédigeront le procès verbal du scrutin. Les résultats de la consultation devront, ensuite, être affichés dans l'entreprise.

Les contestations susceptibles de naître en ce qui concerne l'électorat et la régularité des opérations électorales sont de la compétence du tribunal d'instance qui statue en dernier ressort. Cette décision peut être déférée à la Cour de Cassation (Code Sécurité Sociale art. L 911-5, premier alinéa).

DROIT DES SOCIETES

Si le régime de retraite concerne un **dirigeant d'entreprise**, y compris indirectement, ne serait-ce qu'à travers son appartenance à la catégorie bénéficiant du régime de retraite, et à fortiori pour des régimes « cadres supérieurs »,

Sa mise en place devra être entérinée par le Conseil d'Administration (article 110 de la Loi de 1966 sur les Sociétés) comme un élément de sa rémunération, si ce régime est souscrit à des conditions normales.

Si le régime prévoit, à travers la retraite, un niveau exceptionnel de gratification du dirigeant, la Jurisprudence à tendance à exiger que la procédure relative aux **conventions réglementées** soit appliquée (article 101 de la Loi de 1966 pour les S.A et article 50 de la Loi de 1966 pour les S.A.R.L).

Application :

arrêts de la Cour de Cassation du 4 juillet 1995 et de la Cour d'appel de PARIS du 1 mars 1996 qui considèrent que l'adhésion du mandataire social doit être précédée de l'autorisation de l'organe compétent en fonction de la forme de la société pour décider de la rémunération du dirigeant à défaut l'adhésion est nulle.